029

Ariane Parreira De Faria

De:	CAO Saúde
Enviado em:	sexta-feira, 28 de setembro de 2018 15:50
Para:	Andre Constant Dickstein; Adriana Garcia Pinto Coelho; Alessandra Honorato Neves; Bruno De Sá Barcelos Cavaco; Bruno Menezes Santarem; Daniel Lima Ribeiro; Daniele Medina Maia; Eduardo Fiorito Pereira; Eduardo Luiz Rolins De Faria; Elayne Christina Da Silva Rodrigues; Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira; Giuliano Seta De Souza Rocha; Gustavo Teixeira Nacarath; Henrique Aragão Carraro Bastos; Hédel Luis Nara Ramos Júnior; José Marinho Paulo Junior; Isabel Horowicz Kallmann; Luiz Fernando Lemos Duarte De Amoedo; Luiz Fernando De Almeida Rabelo; Márcia Lustosa Carreira; Leonardo Zulato Barbosa; Marcela Do Amaral Barreto De Jesus Amado; Marcelo Lessa Bastos; Maria De Lourdes Almeida Da Fonseca; Maristela Naurath Rebello De Faria; Marcia de Oliveira Pacheco; Clarisse Maia Da Nóbrega; Philipe Mello Figueiredo; Rafael Camargo Namorato; Raquel Rosmaninho Bastos; Renata Vianna Soares Magnus; Vladimir Ramos Da Silva; Zilda Januzzi Veloso Beck; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Barra do Pirai; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cordeiro; Secretaria das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Cordeiro; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Macaé; Secretaria da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Nova Friburgo; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Nova Iguaçu; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cordeiro; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Itaperuna; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Araruama; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cabo Frio; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cordeiro; Secretaria das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Cordeiro; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Região Metropolitana II; Secretaria da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Teresópolis; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Duque de Caxias; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Itaperuna; Secretaria da 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Angra dos Reis; 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Capital; Andre Constant Dickstein; Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira; mage; Clarisse Maia Da Nóbrega; Promotoria de Justiça de Duas Barras; Promotoria de Justiça de Rio Claro; pjsmm@mp.mprj.br; Secretaria das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Campos; Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Macaé; Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Região Metropolitana II; 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Capital; 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Capital; 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Capital; 4ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva - Saúde - Capital; Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo de Vassouras; Secretaria da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Volta Redonda; Zilda Januzzi Veloso Beck
Cc:	CAO Saúde
Assunto:	Acordão TCU 1215/2013
Anexos:	image003.png; Acórdão TCU 1215.2013.pdf
Prioridade:	Alta

03
-9

Excelentíssimo (a) Promotor (a) de Justiça,

De ordem da Coordenação, servimo-nos do presente para encaminhar Acórdão proferido pelo TCU nº 1215/2013, que trata da representação formulada pelo Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. contra supostas irregularidades na Convocação Pública nº 5/2007, promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP), para seleção de entidades privadas para a prestação de serviços de saúde, de forma complementar, no âmbito do Sistema Único de Saúde naquele estado.

Segue ementa do mesmo:

> REPRESENTAÇÃO. SELEÇÃO DE ENTIDADE PRIVADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS, NO ESTADO DE SÃO PAULO. CARACTERIZAÇÃO DE QUE A ENTIDADE SELECIONADA – ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR DE BAURU – NÃO ATENDIA A ALGUNS DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL DE CONVOCAÇÃO PÚBLICA 5/2007. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DADO O TEMPO DECORRIDO E A NATUREZA DOS SERVIÇOS, INCONVENIÊNCIA NA ADOÇÃO DE MEDIDAS NO SENTIDO DE INTERFERIR NA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO CELEBRADO. NOTÍCIAS NOS AUTOS DE PROBLEMAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS POR PARTE DA ENTIDADE SELECIONADA. DETERMINAÇÃO PARA QUE O MINISTÉRIO DA SAÚDE AVERIGUE A QUALIDADE DESTES SERVIÇOS. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FORMA DE SELEÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS PARA ATUAÇÃO NO ÂMBITO DO SUS, EM REGIME COMPLEMENTAR AO PODER PÚBLICO. DETERMINAÇÃO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA QUE DISCIPLINE A QUESTÃO DO CREDENCIAMENTO PARA A SELEÇÃO DESSE TIPO DE ENTIDADE.

Estamos à disposição para qualquer esclarecimento.

Respeitosamente,
Coordenação do CAO Saúde

Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Saúde.
E-mail: cao.saude@mprj.mp.br
Tel.: (21) 2262-1105

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 019.179/2010-3
Natureza: Representação.
Unidade: Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP).
Interessado: Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. (CNPJ 46.154.894/0001-75).
Advogadas constituídas nos autos: Marcela Carneiro da Cunha (OAB/SP 113.990) e Cláudia Regina Almeida (OAB/SP 90.433).

Sumário: REPRESENTAÇÃO. SELEÇÃO DE ENTIDADE PRIVADA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS, NO ESTADO DE SÃO PAULO. CARACTERIZAÇÃO DE QUE A ENTIDADE SELECIONADA – ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR DE BAURU – NÃO ATENDIA A ALGUNS DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL DE CONVOCAÇÃO PÚBLICA 5/2007. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DADO O TEMPO DECORRIDO E A NATUREZA DOS SERVIÇOS, INCONVENIÊNCIA NA ADOÇÃO DE MEDIDAS NO SENTIDO DE INTERFERIR NA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO CELEBRADO. NOTÍCIAS NOS AUTOS DE PROBLEMAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS POR PARTE DA ENTIDADE SELECIONADA. DETERMINAÇÃO PARA QUE O MINISTÉRIO DA SAÚDE AVERIGUE A QUALIDADE DESTES SERVIÇOS. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FORMA DE SELEÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS PARA ATUAÇÃO NO ÂMBITO DO SUS, EM REGIME COMPLEMENTAR AO PODER PÚBLICO. DETERMINAÇÃO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA QUE DISCIPLINE A QUESTÃO DO CREDENCIAMENTO PARA A SELEÇÃO DESSE TIPO DE ENTIDADE.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. contra supostas irregularidades na Convocação Pública nº 5/2007, promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP), para seleção de entidades privadas para a prestação de serviços de saúde, de forma complementar, no âmbito do Sistema Único de Saúde naquele estado.

2. As irregularidades apontadas dizem respeito especificamente ao grupo 11 do referido edital de convocação, referente a serviços de patologia clínica. Alega a representante que a entidade selecionada, Associação Hospitalar de Bauru, não teria cumprido diversos requisitos estabelecidos no edital.

3. Inicialmente, conforme instrução de fls. 147/148, peça 1, a Secex/SP havia proposto o não conhecimento da representação, uma vez que não haveria indícios de envolvimento de recursos federais. O Tribunal, preliminarmente, por meio do Acórdão 4.896/2010-2ª Câmara, determinou a realização de diligência à SES/SP para que informasse a origem dos recursos que custeavam o ajuste firmado com a Associação Hospitalar de Bauru (AHB) decorrente do Edital de Convocação 5/2007.

4. Na resposta à referida diligência, informou-se que a relação jurídica entre a SES/SP e a Associação Hospitalar de Bauru, derivada da citada convocação pública, estava materializada por meio do Convênio 119/07, custeado por recursos do Fundo Nacional de Saúde, o que evidenciava a competência do TCU para analisar a matéria, conforme apontou a Secex/SP, que passou a analisar os fatos trazidos aos autos pela representante, por meio da instrução de fls. 55/63, peça 3.

5. Segundo a representante, a entidade convenente teria apresentado as seguintes desconformidades em relação ao exigido no edital:

– registro vencido no Conselho Nacional de Assistência Social para as entidades filantrópicas;

– ausência de apresentação das seguintes certidões negativas: de débito com o FGTS, de débito com o INSS e de tributos e contribuições federais;

– ausência de apresentação de alvará de funcionamento expedido pela vigilância sanitária;

– apresentação de **croqui** com **layout** da unidade em desacordo com o edital;

– indicação incompleta dos equipamentos técnicos especializados;

– um dos médicos indicados como responsável pela entidade não pertencia aos quadros da associação.

6. Ressalta a unidade técnica que os mesmos fatos apontados na representação levaram ao ajuizamento de ação na 2ª Vara da Fazenda Pública de Bauru (Processo 071.01.2008.008716), cujo pedido foi julgado improcedente em primeira instância. A Magistrada responsável pela apreciação do processo fez as seguintes considerações por ocasião da prolação da sentença, como registrado pela unidade técnica (fl. 57, peça 3):

"a) o edital de Convocação Pública nº 05/2007 menciona em seu item 9 a preferência para contratação de entidades universitárias, filantrópicas e as sem fins lucrativos, o que acabou ocorrendo;

b) a falta da apresentação da certidão negativa de débito para com o Sistema de Seguridade Social não importa em exclusão do registro perante o Conselho Nacional de Assistência Social, considerando seu cunho social e filantrópico e bem ainda, que se encontra "sub judice" a argumentação de imunidade constitucional;

c) a certidão negativa de débito para com o FGTS encontra-se sanada com o Termo de Confissão de Dívida e Compromisso (fls. 29 a 45 do vol. Anexo 9);

d) verifica-se, às fls. 20, a certidão conjunta positiva com efeitos de negativa de débitos relativos aos tributos federais e a dívida ativa da União.

e) houve, em 19/06/2007, solicitação para renovação de licença de funcionamento e após adequação, sua renovação foi concedida em 11/6/2009 (fl. 57 e 58 do vol. Anexo 10).

f) encontram-se às fls. 39 a 56 do vol. Anexo 2 as plantas da unidade hospitalar da AHB, bem como as da Fundação Véritas às fls. 126 a 129 do vol. Anexo 6."

7. Entendeu a Secex/SP que algumas das irregularidades apontadas na representação não tinham sido elididas, mas que, diante da ausência de evidências de má-fé da comissão examinadora da convocação pública e transcorridos mais de três anos do fato impugnado, não se justificaria uma eventual apenação dos responsáveis envolvidos, nem a anulação do referido convênio, até por se tratarem de serviços de saúde públicos, conforme trecho da instrução abaixo transcrita (fls. 58/60, peça 3):

"...

Assim sendo, do exame da ação judicial movida pelo Laboratório Bauru em face da SES/SP, da AHB e do Laboratório Véritas, depreende-se que foram elididas muitas das irregularidades na fase de habilitação da convocação pública. Contudo, restaram não esclarecidos três fatos que reputamos de relevância, quais sejam:

1. indicação incompleta dos equipamentos técnicos especializados;
2. relação da equipe médica e demais profissionais;
3. regularidade fiscal junto à previdência social.

Sendo que os dois primeiros itens acima foram objeto dos embargos de declaração de fls. 76 a 90 do vol. Anexo 10, pois entendeu o Laboratório Bauru que a sentença incorreu em omissão quanto a eles.

No que tange à relação de equipamentos apresentada pela AHB, o representante ressalva, à fl. 11, que a associação não indicou equipamento algum destinado à realização de exames de dosagens hormonais, embora tenha se comprometido a realizar 1.600 exames hormonais por mês. O

representante acusa a AHB de terceirizar parte dos serviços laboratoriais (v. fls. 11 do vol. Principal, 30 a 34 do vol. Anexo 1 e 42 a 51 do vol. Anexo 5). Porém, divergindo do representante, entendemos que estes fatos não maculam, a priori, a habilitação da referida entidade na convocação pública.

Há que se considerar que a ausência de determinados equipamentos, desde que parcial e não ofensiva à razoabilidade, não desabilitaria a proponente pelas seguintes razões:

a- o edital não estabelecia o mínimo necessário de equipamentos a serem relacionados na habilitação, assim como não exigia que a proponente possuísse àquela época todos os equipamentos necessários à prestação de todos os serviços relacionados na proposta;

b- o item 10 do edital, à fl. 156 do vol. Anexo 1, dizia que a administração não se obrigava a contratar todos os serviços oferecidos;

c- a utilização de serviços de outros laboratórios, desde de que de forma complementar e residual, não constitui prática irregular, ressaltando-se que o contrato administrativo, assim como o convênio, é pessoal mas não personalíssimo.

Portanto, percebe-se que o edital da convocação pública não primou por estabelecer exigência rigorosa e detalhada dos equipamentos laboratoriais que deveriam estar disponíveis à época da habilitação, mesmo porque o próprio edital alertava que a administração não se obrigava a contratar todos os serviços oferecidos.

Já no que tange à irregularidade acerca da equipe médica, entendemos que esta remanesce não elidida. Diz o representante que o único médico patologista relacionado pela associação na convocação pública, Dr. Sidiney Boiça Giafferi, na realidade, não compunha o quadro clínico daquele hospital (v. fl. 24 do vol. Anexo 6).

A AHB e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nas respectivas contestações na ação judicial retrocitada, às fls. 3 a 16 e 46 a 55 do vol. Anexo 9, não lograram esclarecer esse fato. O Dr. Sidiney Boiça Giafferi, único médico patologista clínico relacionado pela AHB, declara, à fl. 24 do vol. Anexo 6, que não compõe o quadro clínico daquele hospital desde 1997.

Uma segunda irregularidade não esclarecida diz respeito à regularidade fiscal da AHB pela não apresentação da certidão negativa do INSS. Ora, a prova da regularidade se faz mediante certidão emitida pelo órgão fiscal. Não cabe à administração pública, enquanto contratante, deliberar sobre a imunidade tributária dos contratados. Cabe apenas ao Fisco dizer sobre a existência de débitos tributários, ainda que a questão esteja sub judice, ressalvada apenas a hipótese de concessão judicial de medida liminar. Assim sendo, há indícios consistentes de que a habilitação da AHB infringiu o disposto na alínea **h** do item 4 do edital de Convocação Pública nº 005/2007, no art. 27 da Lei 8.666/93 e ao art. 195, §3º, da CF: § 3º

Embora tenhamos constatado duas irregularidades que deveriam ter ser sido apuradas pela SES/SP, previamente à habilitação da AHB na convocação pública, entendemos que inexistem elementos que configurem a má-fé da comissão examinadora daquele órgão. Quanto à questão da equipe médica, a ausência de uma investigação rigorosa da real vinculação de cada um dos profissionais às respectivas equipes das proponentes não configura ato culposo, vez que, a nosso ver, tomando como referência um gestor medianamente diligente, tal investigação somente seria exigível se a veracidade daquela informação fosse abalada por indícios de falsidade ou ante a denúncia tempestiva das demais proponentes, fatos esses que não encontram registro nos autos. Em relação à regularidade fiscal junto à previdência social, os argumentos apresentados pela AHB (caráter filantrópico e questão sub judice), muito provavelmente, logrou confundir a comissão examinadora. De se ressaltar que a própria sentença judicial da 2ª Vara da Fazenda Pública de Bauru/SP entendeu admissível a ausência da certidão negativa de contribuições previdenciárias.

Portanto, considerando que não se constata má-fé da comissão examinadora da SES/SP e que o convênio entre a SES e a AHB foi celebrado em 28/12/2007, já transcorridos cerca de três anos do fato impugnado, não exsurge como medida mais adequada ao interesse público a anulação do referido convênio, porquanto os serviços de saúde pública não podem, de forma alguma, sofrer

solução de continuidade (ou ameaça de). Recomendável, **in casu**, a confirmação do ato administrativo inquinado."

8. Em que pese a conclusão acima, a unidade técnica considerou que havia nos autos dois aspectos que mereceriam um tratamento mais aprofundado do Tribunal. O primeiro referente aos indícios de irregularidades na prestação dos serviços por parte da AHB. Em relação a esse ponto, ante a notícia de que o Denasus tinha previsão de realizar auditoria em breve na AHB, propôs a Secex/SP que se realizasse diligência ao Denasus para que informasse acerca dos resultados dessa auditoria. O segundo aspecto estava relacionado ao procedimento utilizado no âmbito do SUS para a contratação de serviços privados de saúde, considerado em princípio indevido pela Secex/SP, conforme análise reproduzida abaixo (fls. 60/62, peça 3):

"...

Antes, vale salientar que o art. 16, inciso XIV, da Lei 8.080/90 estabelece que compete à direção nacional do SUS elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde.

Encontra-se no sítio da rede Internet do Ministério da Saúde o "Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde" (v. cópia às fls. 377 a 421). O manual, de forma escorreita, estabelece, à fl. 392, como regra, a necessidade de prévia licitação para contratação de serviços privados de saúde, o que é de todo consentâneo com o ordenamento jurídico aplicável. Vejamos trecho do manual, **ipsis verbis**:

Na área da saúde, sabe-se que há a prática de não realizar o procedimento licitatório ao contratar serviços privados de saúde, porém, não há justificativa legal para tal conduta. Segundo CARVALHO & SANTOS (2002), nada poderá livrar a administração pública de realizar procedimento licitatório, nem mesmo o fato de os preços dos serviços serem previamente fixados pelo poder público (Tabela de Procedimentos SUS), isso não constitui motivo justificável para não se fazer licitação.

O manual, às fls. 399 a 400, também faz referência a um procedimento denominado "chamada pública", dizendo tratar-se de procedimento a ser utilizado em face de inexigibilidade de licitação decorrente da necessidade do gestor de saúde contratar todos os prestadores do município ou de uma área delimitada no edital. Este instrumento, a nosso ver, não ofende o princípio da obrigatoriedade da prévia licitação vez que o SUS, ao pretender contratar todos os serviços de saúde disponíveis na região de interesse, de fato, inviabiliza a competição, tornando inexigível a licitação, sem prejuízo, contudo, da habilitação técnica e jurídica de todos os prestadores de serviço.

Entrementes, não estamos convencidos da correção das orientações do Ministério da Saúde nos casos em que os serviços privados de saúde são prestados por entidades filantrópicas ou entidades sem fins lucrativos.

O Manual de Orientações, às fl. 401, afirma a existência de preferência das entidades supracitadas na participação complementar do SUS (cf. dispõe o art. 199, §1º, da Constituição Federal e a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/1990, art. 25).

O referido manual afirma também, às fls. 401 a 403, que o instrumento legal para formalizar a relação entre entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos e o poder público é o convênio, ressaltando que este prescinde de processo licitatório pelo fato de haver uma mútua colaboração.

Percebe-se pelo fluxograma de contratação de serviços de saúde, à fl. 407, que há firme orientação de "contratação" dos serviços das entidades supracitadas de forma preferencial e, sempre, mediante convênios. Tal preferência ganha contornos absolutos, razão pela qual, no que se refere aos serviços das demais entidades privadas interessadas, a contratação é apenas residual.

Não coadunamos com essa situação, pois, a nosso ver, o termo "preferência" a que alude o art. 199, §1º, da CF exige uma interpretação mais cuidadosa. Diz o dispositivo, in verbis:

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo **preferência** as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.(g.n.)

A preferência a que alude esse dispositivo constitucional há que ser interpretada à luz do princípio maior (ou metaprincípio) da dignidade da pessoa humana, sendo-lhe intrínseca a garantia à integridade física e psicológica das pessoas. E mais: sabemos que a interpretação escorreita dos dispositivos da Constituição Federal será aquela que favoreça a máxima realização dos seus desígnios fundamentais. Por conseguinte, cabe ao estado garantir não somente o mínimo existencial, mas, sempre, buscar o fornecimento dos serviços de saúde pública da melhor qualidade disponível, ainda que considerada a reserva do possível. Ou seja, o estado deve se empenhar em prestar os serviços de saúde da melhor qualidade, não devendo se conformar com a qualidade apenas aceitável. Ora, contratar serviços de qualidade inferior para dar "preferência" às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos ofende ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Importa considerar que, no caso dos serviços privados contratados no âmbito do SUS, os preços são tabelados. Assim, em face de uma oferta maior que a demanda, caberia ao SUS, sempre mediante prévia licitação, contratar os serviços de melhor qualidade. Esse procedimento há que preponderar ainda que dentre as entidades privadas encontrem-se as denominadas entidade filantrópicas e a sem fins lucrativos. Logo, a preferência mencionada no art. 199, §1º, da CF deve ser entendida sob dois aspectos:

1º- critério de desempate no julgamento das propostas em licitação para a contratação das prestadoras de serviço quando a oferta superar a demanda, desde que a qualidade dos serviços de saúde entre as entidades interessadas sejam equivalentes;

2º- norma permissiva para a celebração de convênios para a execução de programas de saúde de mútuo interesse, na qual se incluiria, por exemplo, o Programa de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais Filantrópicos no SUS implementada pela Portaria 1.721, de 21/9/2005 (fls. 422 a 427).

Há que se ressalvar, igualmente, a orientação do Ministério da Saúde de que, em sendo a prestadora de serviços uma entidade filantrópica ou sem fins lucrativos, o órgão gestor deve, incondicionalmente, fazer uso do instrumento de convênio para a "contratação dos serviços". Ora, o objetivo social da entidade privada – ser filantrópica ou sem fins lucrativos – não é fator que legitima a celebração de um convênio. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, convênios "são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie ou entre estas e organizações particulares para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes", bem assim para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, convênio é uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

A característica essencial do convênio é a presença da comunhão substancial de interesses das partes, razão pela qual ele não deve ser utilizado como instrumento de contratação de serviços porquanto, nesse caso, ao invés da comunhão de interesses, as partes têm interesses contraditórios, vez que assumem uma prestação e uma contraprestação.

Outro fato que demonstra tratar-se de objeto contratual é que o Manual de Orientação estabelece, como procedimento ordinário, a contratação mediante prévia licitação em face de entidades privadas com fins lucrativos. Ora, não é admissível que, para os mesmos fins, ora o SUS celebre contrato, ora celebre convênio.

De se concluir, então, que a prestação de serviços privados de saúde, como qualquer outro tipo de prestação de serviço, deve ser objeto de contratação mediante prévia licitação (tipo melhor técnica, vez que os preços são tabelados pelo poder público).

Faz-se necessário diligenciar o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde para que se manifeste acerca das ressalvas apontadas no "Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde", cuja elaboração lhe é atribuída (v. fl. 379). Esse órgão departamental responde pela elaboração da política de regulação assistencial, bem como acompanha e avalia a prestação de serviços assistenciais e define os critérios para a sistematização e padronização das técnicas e procedimentos relativos às áreas de controle e avaliação, além de manter e atualizar um cadastro nacional de estabelecimentos de saúde (v. fl. 428)."

9. Atendendo a proposta da unidade técnica, o Tribunal, por meio do Acórdão 7.319/2010-2ª Câmara, determinou a adoção das seguintes medidas:

"a) diligenciar o Departamento Nacional de Auditoria do SUS para apresentar "as informações referente à auditoria programada para o exercício de 2010, abaixo relacionadas, acerca dos serviços da saúde prestados pela Associação Hospitalar de Bauru:

"adequação quantitativa e qualitativa, seja de recursos humanos ou materiais, dos procedimentos e serviços de saúde prestados à população, em especial quanto aos serviços de patologia clínica;

regularidade dos procedimentos técnico-científicos, contábeis, financeiros e patrimoniais praticados pela AHB no âmbito do SUS, em especial quanto aos serviços de patologia clínica;

regularidade fiscal, especialmente em relação às contribuições previdenciárias;"

b) "fixar, nos termos do art. 101 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para que o Denasus realize auditoria na Associação Hospitalar de Bauru, caso aquela prevista para realizar-se no mês de abril de 2010 não tenha sido efetuada, e encaminhe a este Tribunal o respectivo relatório, contendo respostas aos subitens 1.4.1.1, 1.4.1.2 e 1.4.1.3 precedentes";

c) diligenciar o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde para que, no prazo de 15 (quinze) dias, justifique a inclusão dos procedimentos descritos abaixo no "Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde – 2007":

"preferência incondicional na contratação de serviços de saúde privados de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, restando às pessoas jurídicas com fins lucrativos a contratação residual, independentemente da qualidade dos serviços que estas possam vir a fornecer;

aquisição de serviços privados de saúde de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos sem prévia licitação, por intermédio da celebração de convênio."

10. Em relação à medida 'a' acima, a unidade técnica registrou que foi encaminhado o Relatório de Auditoria 9573, que tratava de assunto estranho a esta representação, não tendo sido realizada a auditoria requisitada no item 'b' acima. Em relação a esse ponto, a Secex/SP registrou que, por equívoco, o ofício encaminhado ao Denasus deixou de mencionar a requisição dessa auditoria, não tendo ficado caracterizado o descumprimento de decisão deste TCU. Considerando, entretanto, que a questão fulcral da representação já tinha sido tratada na instrução anterior, não haveria necessidade de adoção de medidas complementares. A representação deveria ser considerada parcialmente procedente, ante os aspectos destacados no item 7 deste relatório. Com relação às condições atuais da AHB para a prestação dos serviços, a unidade considerou que deveria ser formulada determinação à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde para que averiguasse a questão (fls. 48/50, peça 4).

11. No que tange à diligência relacionada aos procedimentos de contratação de serviços privados de saúde, o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde não apresentou maiores considerações acerca do assunto, limitando-se a dizer que os procedimentos mencionados no Acórdão 7.319/2010-2ª Câmara não estavam contidos no 'Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde' e que o referido manual estava sendo revisado em conjunto com o Conselho Nacional de Secretários de Saúde e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde.

12. Em relação a esse aspecto, a Secex/SP apresentou as seguintes considerações, no intuito de reforçar o entendimento manifestado na instrução anterior, que considerou indevida a forma como o Ministério da Saúde vem realizando a seleção de entidades privadas para a prestação de serviços de saúde, em caráter complementar, no âmbito do SUS (fls. 52/59, peça 4):

"Preliminarmente cabe esclarecer que, embora o Coordenador-Geral de Regulação e Avaliação informe que houve apenas a edição de 2006, a cópia do referido Manual de Orientações acostada aos autos às fls. 377 e.s. foi obtida do sítio do Ministério da Saúde na Rede Internet em novembro de 2010 e indica ter sido editada em 2007. Mas, para que não pairem dúvidas, seguindo a

indicação do próprio Sr. Coordenador, providenciamos, em 25/4/2011, a juntada aos autos de nova cópia do manual a partir do endereço eletrônico por ele apontado (v. fls. 576 a 618).

No que tange aos pontos controversos dos procedimentos para a contratação de serviços de saúde que suscitaram a diligência ora analisada, constata-se uma identidade absoluta entre o conteúdo das duas versões acostadas aos autos. Assim, não merece acolhida a justificativa de que os procedimentos mencionados no Acórdão nº 7319 não se encontram contidos no manual, permitindo-nos aduzir que o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistema do Ministério da Saúde optou por se manter silente acerca das questões descritas e, devidamente, comunicadas pelo Ofício nº 3657/2010, à fl. 495.

Por conseguinte, sustentamos que devam prevalecer as razões e os fundamentos da instrução de fls. 429 a 437, os quais reiteramos a seguir, no sentido de considerar infundadas algumas orientações contidas Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde relativamente aos casos em que a prestadora dos serviços for entidade filantrópica ou sem fins lucrativos.

Em primeiro lugar, cabe salientar que o art. 16, inciso XIV, da Lei 8.080/90 estabelece que compete à direção nacional do SUS elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde.

O "Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde" à fl. 593, observa, corretamente, que, como regra, há necessidade de prévia licitação para a contratação de serviços privados de saúde, o que é de todo consentâneo com o ordenamento jurídico aplicável. Vejamos trecho do manual, **ipsis verbis**:

"Na área da saúde, sabe-se que há a prática de não realizar o procedimento licitatório ao contratar serviços privados de saúde, porém, não há justificativa legal para tal conduta. Segundo CARVALHO & SANTOS (2002), nada poderá livrar a administração pública de realizar procedimento licitatório, nem mesmo o fato de os preços dos serviços serem previamente fixados pelo poder público (Tabela de Procedimentos SUS), isso não constitui motivo justificável para não se fazer licitação."

O manual, às fls. 602 a 604, também faz referência a um procedimento denominado "chamada pública", dizendo tratar-se de procedimento a ser utilizado em face de inexigibilidade de licitação decorrente da necessidade do gestor de saúde contratar todos os prestadores do município ou de uma área delimitada no edital. Este instrumento, a nosso ver, não ofende o princípio da obrigatoriedade da prévia licitação vez que o SUS, ao pretender contratar todos os serviços de saúde disponíveis na região de interesse, de fato, inviabiliza a competição, tornando inexigível a licitação, sem prejuízo, contudo, da habilitação técnica e jurídica de todos os prestadores de serviço.

Mas, em existindo uma oferta maior que a demanda de serviços de saúde, o manual expede algumas orientações das quais discordamos. A controvérsia centra-se nas orientações relativas aos casos nos quais, dentre os prestadores de serviços privados de saúde, haja entidades filantrópicas ou entidades sem fins lucrativos.

O Manual de Orientações afirma a existência de preferência das entidades supracitadas na participação complementar do SUS. O art. 199, §1º, da Constituição Federal, de fato, assim dispõe:

"Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos."

Nesse mesmo sentido dispõe a Lei 8.080/1990:

"Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS)."

Com fundamento nos dispositivos acima, o manual expede orientação aos gestores do SUS a darem preferência aos serviços de saúde prestados por tais entidades. Por exemplo, à fl. 612, tem-se um fluxograma que demonstra a linha orientativa adotada. De se reparar nesse diagrama que, após a constatação da necessidade de complementação da rede de atendimento (passo 6), o passo subsequente é a verificação da existência de entidade filantrópica ou sem fins lucrativos (passo 7). Existindo esta, o fluxograma orienta à celebração de convênio. O passo 7 é explanado, à fl. 613, nos seguintes termos:

"Verificada a existência de entidades filantrópicas e, em função da prioridade da contratação prevista na CF/88 e na Lei 8080/90 poderá firmar convênio diretamente com a instituição, desde que firmada parceria para a prestação de serviços e ações de saúde."

Portanto, ante o que dispõe o Manual de Orientações, a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos ganha, na prática, contornos amplíssimos, vez que a única condição para a celebração de convênio, segundo aquele documento, é a celebração de parceria para a prestação de serviços e ações de saúde. Esta parceria, ao que consta do próprio manual à fl. 611, corresponde ao denominado plano operativo. Senão vejamos:

"Para a contratação dos Hospitais Filantrópicos, assim como para a contratação das demais empresas do mesmo caráter, o instrumento legal a ser utilizado será o convênio que, deverá possuir na forma de anexo ou como parte integrante um plano operativo que deverá especificar as metas físicas e de qualificação para as ações e atividades propostas."

O plano operativo conterá, conforme explicado à fl. 592, a caracterização da instituição, sua missão na rede, a capacidade instalada e sua utilização, a definição de oferta e fluxo de serviços. Logo, esta condição é inócua pois equivale, na prática, à descrição dos serviços a serem prestados (v.g., Plano Operativo do Convênio 0119/07, às fls. 233 a 261), isto é, trata-se, fundamentalmente, de informações necessárias para a celebração de qualquer contrato ou convênio. Assim, fica ao inteiro alvedrio do gestor do SUS a opção de, ao invés de realizar a contratação mediante prévia licitação, celebrar convênio com as entidades filantrópicas e as entidades sem fins lucrativos.

De sorte que, dada à larga possibilidade de se celebrar convênios, a contratação dos serviços das entidades privadas de fins lucrativos acaba sendo apenas residual. O caso tratado nesta representação corrobora essa constatação, pois a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo celebrou o convênio com a AHB, aplicando a orientação do Ministério da Saúde, deixando de realizar a contratação dos serviços mediante prévia licitação, ressaltando-se que, além da AHB, outras entidades privadas mostraram interesse, inclusive o ora Representante, mas foram preteridas em razão da aludida preferência.

Contudo, a expressão "preferência" a que alude o art. 199, §1º, da CF exige uma interpretação mais harmoniosa com os demais princípios e valores constitucionais. A referida expressão há que ser interpretada à luz do princípio maior (ou metaprincípio) da dignidade da pessoa humana, sendo de salientar que é intrínseca à dignidade da pessoa humana a garantia à integridade física e psicológica das pessoas. E mais: sabemos que a interpretação escorreita dos dispositivos da Constituição Federal será aquela que favoreça a máxima realização dos seus desígnios fundamentais. Por conseguinte, cabe ao estado garantir não somente o mínimo existencial, mas, sempre, buscar o fornecimento dos serviços de saúde pública da melhor qualidade disponível, ainda que considerada a reserva do possível. Ou seja, o estado deve se empenhar em prestar os serviços de saúde da melhor qualidade, não devendo se conformar com uma qualidade mínima ou meramente aceitável.

Importa considerar que, no caso dos serviços privados contratados no âmbito do SUS, os preços, nos termos do art. 26 da Lei 8.080/90, são pré-estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados no Conselho Nacional de Saúde. Assim, em face de uma oferta maior que a demanda, caberia ao SUS, sempre mediante prévia licitação, contratar os serviços de melhor qualidade. Esse procedimento há que preponderar ainda que dentre as entidades

privadas encontrem-se as denominadas entidade filantrópicas e a sem fins lucrativos. Logo, a "preferência" mencionada no art. 199, §1º, da CF e no art. 25 da Lei 8.080/1990 deve ser interpretada, restritivamente, sob os seguintes aspectos:

1 – critério de desempate no julgamento das propostas em licitação para a contratação das prestadoras de serviço;

2 – preferência na celebração de convênios, quando efetivamente presente a comunhão de interesses entre o SUS e a entidade privada;

3 – legitimação para o recebimento de recursos públicos mediante transferências voluntárias, a exemplo de subvenções sociais (v.g. art. 32 da LDO/2011).

Com relação ao primeiro aspecto acima, vale frisar que o próprio manual reconhece que em processo licitatório a natureza filantrópica somente pode ser evocada como critério de desempate (v. fls. 606). Ocorre que, ao invés da contratação mediante prévia licitação, o documento orienta os gestores do SUS a utilizarem o instrumento de convênio, o qual apresentaria, justamente, a vantagem de dispensar a exigência da prévia licitação. Diz o manual, à fl. 605, in verbis:

"Sabe-se que na prática o instrumento legal utilizado para formalizar a relação entre entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e o poder público é o convênio, com a mesma lógica dos contratos, apenas com nome diferente."

Discordando da orientação supra, importa ressalvar que a natureza da entidade privada – ser filantrópica ou ser sem fins lucrativos – não é fator que legitima a celebração de um convênio. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, convênios "são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie ou entre estas e organizações particulares para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes". Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, convênio é uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

Há também a definição normativa do Decreto 6.170/2007:

"convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação"

Em todas as conceituações doutrinárias, assim como na normativa, o objetivo do convênio sempre surge qualificada como a busca de um resultado comum por meio de mútua colaboração. Marçal Justen Filho (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 11ª ed., Dialética, p. 661) faz uma análise precisa da diferença essencial que separa o conceito de convênio da de contrato administrativo:

"Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de Teoria Geral do Direito, na categoria dos contratos "comutativos" ou "distributivos" (ainda quando se trate de contratos unilaterais). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir um fim que não é compartilhado pela outra. Por isso, o art. 48, § 1º, do Dec. Fed. nº 93.872/86, determina que, "Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato" – equivale a dizer, subordina-se ao regime jurídico comum das contratações administrativas.

Já no chamado "convênio administrativo", a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública,

que buscam a realização imediata de atividades orientadas à realização de interesses fundamentais similares."

Portanto, de se concluir que a característica essencial do convênio e que o torna peculiar em relação aos contratos administrativos é a existência, naquele, da comunhão de interesses. Em analogia com o direito privado podemos dizer que, enquanto o contrato administrativo se aproxima dos contratos sinalagmáticos e comutativos, o convênio guarda importante similaridade com os denominados contratos "cooperativos", a exemplo dos contratos societários, onde as partes têm interesses comuns voltados à consecução de um mesmo objetivo. É por isso que, regra geral, impõe-se o requisito convenial da contrapartida, a título de demonstração objetiva, de caráter material, do firme compromisso da convenente na consecução do fim comum.

Logo, a aquisição de serviços de saúde a serem prestados por entidades privadas, em regime de participação complementar ao SUS, há que ser efetuada mediante o instrumento de contrato administrativo, vez que nessa relação ao Poder Público interessa o objeto da aquisição, isto é, os serviços de saúde, enquanto as entidades prestadoras têm interesse contraposto, ou seja, a contraprestação pecuniária.

Ao se perscrutar os termos de convênios celebrados com a AHB e com a Fundação Véritas, às fls. 218 a 232 do vol. Principal e fls. 149 a 163 do vol. Anexo 8, respectivamente, sobreleva-se, claramente, a natureza contratual das relações jurídicas por eles estabelecidos. Tais avenças padecem da ausência de algumas das cláusulas próprias de convênios mencionadas no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, por exemplo:

1- Contrapartida da convenente (art. 7º);

2- Obrigatoriedade da movimentação de recursos através de conta bancária específica (art. 10);

3- Possibilidade da denúncia unilateral do convênio, a qualquer tempo (art. 12).

4- Observância obrigatória dos princípios da impessoalidade, moralidade, economicidade e da cotação prévia de preços antes de aquisições de bens e serviços (art. 11);

5- Dever de prestar contas.

De se concluir, então, que a prestação de serviços privados de saúde, ainda que dentre os potenciais prestadores haja entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, deve ser, salvo disposição legal em contrário, objeto de contratação mediante prévia licitação, cujo escopo haverá de ser o de selecionar os serviços de melhor qualidade, vez que os critérios e os valores para a remuneração de serviços, nos termos do art. 26 da Lei 8.080/90, são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

É bom que se diga que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos já contam com importantes benefícios fiscais e um regime de tratamento preferencial dispensado pelo Poder Público. Outrossim, os resultados positivos alcançados por essas entidades devem ser revertidos integralmente à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais, sendo descabido se falar em distribuição de lucros. Assim, em tese, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos haveriam de apresentar serviços de melhor qualidade, o que lhes garantiria, nos certames licitatórios, uma posição de vantagem em relação às demais entidades privadas.

Cumpre reconhecer que, dentro da margem de discricionariedade, compete ao gestor público decidir pela melhor forma de licitar, desde que a alternativa escolhida não afronte a lei e nem o princípio da razoabilidade. Mas pedimos vênia para emitir a seguinte opinião: parece-nos que a licitação do tipo "melhor técnica" é a opção mais apropriada para o caso em tela, conforme sustentamos abaixo.

O art. 46 da Lei 8.666/93 estabelece que:

"Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior"

Em relação ao dispositivo supra, é preciso se atentar ao fato de que a expressão "natureza predominantemente intelectual" é um conceito vago, não constituindo óbice à contratação de serviços de saúde. Ademais, as atividades ali exemplificadas não formam um rol exaustivo. Vale, também, trazer à colação alguns ensinamentos de Marçal Justen Filho, in "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos", 11ª Ed., 2005, p. 439 a 444. Para o ilustre jurista, é relevante escapar do simplismo de vincular os tipos de licitação à natureza do objeto a ser licitado, pois o núcleo dessa questão reside, como sempre, na natureza da necessidade experimentada pela Administração. Ora, no caso da contratação de serviços privados de saúde, sendo os preços previamente estipulados, interessa ao SUS a contratação de serviços de melhor qualidade, mais especificamente, melhor técnica de meio, na qual a Administração estabelece o fim concreto a ser atingido, cabendo ao interessado formular proposta não apenas acerca da execução, mas da própria técnica a ser utilizada.

Interessante observar que na licitação do tipo "melhor técnica" há dois limites de preços a serem observados: o menor preço dentre a licitantes que obtiveram a valorização mínima e o preço máximo fixado pelo edital. Considerando que os preços dos serviços prestados ao SUS são pré-fixados, as etapas II e III do §1º do art. 46 da Lei 8.666/9 seriam prescindíveis.

Quanto ao encaminhamento, há uma questão tormentosa a enfrentar: qual a natureza da irregularidade cometida? Como já observado, o art. 16, inciso XIV, da Lei 8.080/90 estabelece que compete à direção nacional do SUS elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde. Portanto não se pode imputar aos agentes do Ministério da Saúde a prática de irregularidade em concreto, vez que houve, em verdade, apenas uma interpretação da legislação pelo órgão regulador posta em um manual orientativo em cumprimento ao referido dispositivo da Lei 8.080/90. De se considerar, também, que o referido documento não tem efeito vinculante como se norma ou ato administrativo imperativo fosse, pois, vale reiterar, é apenas orientativo.

Por outro lado, embora as orientações do manual, a nosso ver, não vinculem as decisões do gestores do SUS, não se pode negar-lhes um efeito legitimador dos atos praticados em sua conformidade. Assim, considerando a informação prestada pelo diligenciado de que o Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde vigente está sendo revisado conjuntamente com o Conselho Nacional de Societários de Saúde – CONASS e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS. E, considerando o disposto na Portaria-Segecex nº 13, de 27 de abril de 2011. Propugnamos que, em relação ao conteúdo do aludido manual, seja dada ciência ao Ministério da Saúde que, em existindo condições de competitividade, a aquisição de serviços de saúde por preços previamente fixados pela direção nacional do SUS, em regime de participação complementar ao sistema, a serem prestados por entidades privadas, ainda que dentre estas haja entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, deve ser efetuada via o instrumento de contrato administrativo mediante prévio processo licitatório, cujo escopo será o de selecionar os serviços de melhor qualidade.

Levando em conta a estrutura organizacional do Ministério da Saúde e visando à maior efetividade da medida acima, propomos que esta seja dirigida à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde, cuja missão é o de participar da formulação e implementação das políticas de atenção básica e especializada, observando os princípios do SUS. Vinculada ao SAS há o Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas, que tem dentre as suas atribuições, subsidiar os estados, os municípios e o Distrito Federal na política de contratualização com os prestadores de serviços de saúde do SUS. O Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde foi elaborado por este departamento (v. fls. 578), encontrando-se disponível na sua página da Rede Internet."

13. A proposta de encaminhamento formulada pela unidade técnica foi no seguinte sentido (fl. 59, peça 4):

"a) seja a presente representação julgada, **parcialmente, procedente;**

b) rejeitar o pedido de suspensão do Convênio 0119/07, firmado entre o Governo do Estado de São Paulo e a Associação Hospitalar de Bauru e decorrente da Convocação Pública nº 005/2007;

c) determinar à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde que, no prazo de 6 (seis) meses a contar da notificação, em vista das graves irregularidades noticiadas nos presentes autos, adote as providências necessárias no sentido de averiguar a qualidade dos serviços prestados ao SUS pela Associação Hospitalar de Bauru, CNPJ nº 43.374.680/0001-30, sediada na cidade de Bauru-SP, aplicando ou encaminhando à autoridade competente para que sejam aplicadas, se for o caso, as medidas corretivas cabíveis e de tudo informando a esta Corte dentro do prazo fixado;

d) em razão de impropriedades constatadas no conteúdo do Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde, elaborado pelo Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistema, seja dada ciência à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde que, em existindo condições de competitividade, a aquisição de serviços de saúde por preços previamente fixados pela direção nacional do SUS, em regime de participação complementar ao sistema, a serem prestados por entidades privadas, ainda que dentre estas haja entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, deve ser efetuada via o instrumento de contrato administrativo mediante prévio processo licitatório, cujo escopo será o de assegurar o fornecimento dos serviços de melhor qualidade;

e) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser prolatado à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa e à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde;

f) caso a Corte decida pelo acolhimento da proposta de item **d** acima, determinar à Segecex que oriente as unidades a ela vinculadas que, ao fiscalizarem a contratação de serviços privados pelo SUS, observem o seu teor;

g) dar ciência do acórdão que vier a ser prolatado ao representante."

14. Antes de me manifestar quanto ao mérito do processo, considerando que a proposta formulada pela Secex/SP, notadamente a de letra 'd' acima, teria um reflexo amplo em todo o Sistema Único de Saúde, decidi encaminhar os autos à então 4ª Secex, unidade que detinha o Ministério da Saúde em sua clientela, para que se manifestasse "sobre os procedimento alvitrados no Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde relativamente aos casos em que a prestadora de serviços for entidade filantrópica ou sem fins lucrativos [...]" (fls. 149/150, peça 4).

15. A 4ª Secex apresentou seu parecer, com entendimento em grande parte distinto daquele defendido pela Secex/SP, vazado nos seguintes termos (fls. 151/162, peça 4):

"...

exame técnico

4. Afirma-se na instrução inicial (peça 37, p. 5) que o Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no SUS está equivocado acerca dos procedimentos que devem ser realizados para contratação de serviços de saúde junto a entidades privadas sem fins lucrativos, em razão das seguintes impropriedades:

preferência incondicional na contratação de serviços de saúde privados de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, restando às pessoas jurídicas com fins lucrativos a contratação residual, independentemente da qualidade dos serviços que estas possam vir a fornecer;

aquisição de serviços privados de saúde de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos sem prévia licitação, por intermédio da celebração de convênio.

5. O entendimento foi de que a preferência pelas instituições filantrópicas e sem fins lucrativos deve ocorrer dentro do processo licitatório e que este é imprescindível para a contratação de serviços de saúde junto à rede privada, seja com ou fins lucrativos. Além disso, o convênio não seria o instrumento legal adequado a ser utilizado na relação entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos, mas sim o contrato administrativo. A Secex/SP defende então que seja realizada licitação do tipo 'melhor técnica', da qual deveriam participar entidades com e sem fins lucrativos.

6. Optou-se por agrupar os argumentos da Secex/SP em três grupos, de forma a facilitar a análise, quais sejam: (a) interpretação restritiva do §1º do art. 199 da Constituição; (b) ilegalidade na utilização de convênio ao invés de contrato administrativo; (c) necessidade de licitação. Também será feita uma análise do objeto que está sendo contestado pela Secex/SP, no caso o Manual de Contratações do MS. Com a finalidade de tornar a leitura mais simples, optou-se por abranger as entidades filantrópicas dentro do conceito de entidades sem fins lucrativos, pois este abrange aquelas.

7. Cabe destacar que o Ministério da Saúde (MS), por meio da Coordenação-Geral de Regulação e Avaliação, não apresentou argumentação em defesa do Manual ou da preferência às instituições do terceiro setor. Limitou-se a afirmar que os procedimentos questionados não constavam do Manual. Tendo em vista a importância do tema, esta atitude do gestor não se coaduna com a responsabilidade exigida no caso.

Interpretação restritiva do §1º do art. 199 da CF88

8. Segundo o auditor instrutor, o Ministério da Saúde utiliza uma interpretação por demais abrangente do §1º do art. 199 da Constituição Federal de 1988 (CF88), in verbis:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência** as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (grifo nosso).

9. Tal preferência consta também da Lei 8.080/1990:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos **terão preferência** para participar do Sistema Único de Saúde (SUS). (grifo nosso).

10. O Ministério da Saúde entende que, uma vez existentes entidades sem fins lucrativos, estas devem ser contratadas, sendo possível a contratação de entidades com fins lucrativos apenas na necessidade de complementação, ou seja, de forma residual. Segundo o Manual, 'verificada a existência de entidades filantrópicas e, em função da prioridade da contratação prevista na CF/88 e na Lei 8080/90 poderá firmar convênio diretamente com a instituição, desde que firmada parceria para a prestação de serviços e ações de saúde'.

11. O auditor critica esta passagem, afirmando que 'a preferência pelas entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos ganha, na prática, contornos amplíssimos, vez que a única condição para a celebração de convênio, segundo aquele documento, é a celebração de parceria para a prestação de serviços e ações de saúde'. Ficaria, então, 'ao inteiro alvedrio do gestor do SUS a opção de, ao invés de realizar a contratação mediante prévia licitação, celebrar convênio com as entidades filantrópicas e as entidades sem fins lucrativos' (peça 37, p. 8).

12. Tal entendimento tem como pressuposto uma interpretação mais restritiva da CF88, sob os seguintes aspectos (peça 37, p. 9):

a) critério de desempate no julgamento das propostas em licitação para a contratação das prestadoras de serviço;

preferência na celebração de convênios, quando efetivamente presente a comunhão de interesses entre o SUS e a entidade privada;

legitimação para o recebimento de recursos públicos mediante transferências voluntárias, a exemplo de subvenções sociais (v.g. art. 32 da LDO/2011).

13. Prossegue afirmando que a interpretação mais restritiva seria a mais correta, pois estaria em harmonia com os demais princípios constitucionais, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual caberia ao Estado 'garantir não somente o mínimo existencial, mas, sempre, buscar o fornecimento dos serviços de saúde pública da melhor qualidade

disponível, ainda que considerada a reserva do possível'. Não deveria o Estado se conformar 'com uma qualidade mínima ou meramente aceitável' (peça 37, p. 8).

14. Tanto o diretor como o dirigente da Secex/SP alinharam-se a esse entendimento, razão pela qual se prossegue na análise atribuindo-se tais conclusões àquela unidade técnica.

Análise

15. Não assiste razão à Secex/SP ao utilizar uma interpretação restritiva do §1º do art. 199 da CF88. A preferência pelas instituições sem fins lucrativos não deve se restringir a um critério de desempate nas licitações públicas para contratação dos serviços de saúde.

16. É certo que a CF88 foi silente sobre a forma como se daria a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Por outro lado, não prevê que tal primazia seja condicionada a disciplinamento infralegal que estabeleça regras para a precedência dessas instituições em relação àquelas que visam lucro, ou seja, configura-se uma norma de aplicação plena. Supor que tal prerrogativa se dê por meio de critérios de preferência no julgamento em processo licitatório é estender a interpretação além do que estabelece o texto constitucional.

17. Além disso, a interpretação do texto constitucional deve levar em consideração sua natureza política, por isso é preciso considerar a intenção do legislador ao inserir determinado dispositivo na Carta Magna, analisando a ideologia predominante no momento da Assembleia Nacional Constituinte. Naquele contexto, buscava-se consolidar um sistema público de atenção à saúde com caráter assistencial, fortalecendo as instituições filantrópicas, que tiveram uma grande contribuição ao longo da construção do SUS.

18. Segundo Paulo Bonavides:

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. ed. 24. São Paulo: Malheiros, 2009).

19. A CF88 representou um marco importante nas políticas sociais, 'desenhou-se, pela primeira vez na história do Brasil, o embrião de um efetivo Estado de bem-estar social, universal e equânime' (FAGNANI, Eduardo. Política Social no Brasil – 1964-2002: entre a cidadania e a caridade, Tese de Doutorado. Campinas: Unicamp, 2005).

20. A saúde foi a política social em que mais se procurou estabelecer o direito dos cidadãos e o dever do Estado como garantidor de condições mínimas de vida. Segundo Paulo Eduardo Elias:

Pela primeira vez nas Cartas Constitucionais brasileiras, a de 1988 apresenta uma seção específica para a saúde, consagrando-a como direito do cidadão e dever do Estado. Esse procedimento desloca a noção de seguro social, vigente desde os anos 20, pela de seguridade, isto é, à semelhança do que ocorre no Estado de Bem-Estar Social, está previsto que o acesso pleno ao sistema de saúde passa a não depender da renda, buscando-se garantir um novo padrão de cidadania.

Tal deslocamento, ao mesmo tempo em que constitui um ponto de apoio para a redefinição radical das políticas públicas, por exigir a **desmercantilização da saúde**, revela-se fonte de enormes tensionamentos e conflitos ao se confrontar com a realidade do acelerado processo de mercantilização da saúde como tendência mundial. (ELIAS, Paulo Eduardo. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. Rev. São Paulo em Perspectiva, 2004, vol.18, nº3) (grifo nosso).

21. Observa-se que o movimento na CF88 foi pela desmercantilização da saúde, buscando instituir um sistema público. Por isso o art. 199 afirma que 'as instituições privadas poderão participar de forma **complementar** do sistema único de saúde' (grifo nosso). Assim, só deve haver participação privada no SUS quando o setor público não dispuser de capacidade suficiente para atender a demanda. Isso fica mais claro na Lei 8.080/1990:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

22. Assim, quando um determinado município identifica que não tem capacidade própria para atender às necessidades populacionais, deve primeiro verificar a existência de instituições públicas de outra esfera de governo, devendo em caso positivo formalizar um acordo para compra de serviços destas, por meio do termo de cooperação entre entes públicos. Somente poderá recorrer à esfera privada caso nenhuma das esferas de governo consiga atender à demanda.

23. Fica patente que o legislador constituinte e o infraconstitucional tinham a intenção de fortalecer um sistema público de saúde, com orientação estatal. Por conseguinte, quando se interpreta o §1º do art. 199 deve-se considerar este caráter de desmercantilização da saúde.

24. A partir deste entendimento, observa-se que a preferência pelas instituições filantrópicas e sem fins lucrativos foi instituída como forma de reforçar este caráter público dos serviços de saúde. Antes de recorrer ao setor privado, ao 'mercado', o gestor público deve se utilizar do setor ao qual Luis Carlos Bresser Pereira deu o nome de 'público não-estatal'.

O setor produtivo público não-estatal é também conhecido por 'terceiro setor', 'setor não-governamental', ou 'setor sem fins lucrativos'. Por outro lado, o espaço público não-estatal é também o espaço da democracia participativa ou direta, ou seja, é relativo à participação cidadã nos assuntos públicos. Neste trabalho se utilizará a expressão 'público não-estatal' que define com maior precisão do que se trata: são organizações ou formas de controle 'públicas' porque estão voltadas ao interesse geral; são 'não-estatais' porque não fazem parte do aparato do Estado, seja porque não utilizam servidores públicos ou porque não coincidem com os agentes políticos tradicionais. (Bresser-Pereira, L.C. e GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: Bresser-Pereira, L.C. e GRAU, Nuria Cunill, orgs. O Público Não-Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999).

25. Não se deve considerar como iguais entidades com e sem fins lucrativos. Cada uma possui objetivos diferentes, o que se reflete na sua forma de atuação e nos resultados alcançados. O constituinte optou por privilegiar o terceiro setor pelo seu caráter público, ou seja, cuja finalidade é o bem-estar coletivo.

26. Apesar de a CF88 ter caminhado no sentido contrário das reformas promovidas na gestão pública mundo afora a partir dos anos 1980, mais voltadas para a diminuição da intervenção estatal, uma segunda geração de reformas, que vem ocorrendo neste início de século, vai ao encontro deste entendimento da necessidade do Estado como promotor do desenvolvimento. Segundo Humberto Falcão Martins e Caio Marini:

A marca distinta das reformas de segunda geração no início do século XXI é a promoção do desenvolvimento. Acredita-se que os imensos desafios sociais em escala global, manifestos pela crescente desigualdade e pobreza, não podem ser vencidos pela simples ação dos mercados, mas por meio do fortalecimento de instituições tais como Estado, o mercado e o terceiro setor. Por um lado, a forte correlação entre instituições e desenvolvimento tem sido empiricamente comprovada em diversos estudos recentes, sugerindo que a consolidação institucional é o fator primordial de desenvolvimento. (MARINI, Caio; MARTINS, Humberto Falcão. Um governo matricial: estruturas em rede para geração de resultados de desenvolvimento. IX Congreso del CLAD. Madrid, novembro 2004).

27. Para os autores, é preciso que haja um equilíbrio entre as três esferas:

Cada uma destas três esferas possui limitações e vantagens comparativas, bem demonstram a história recente. O Estado promove equidade, mas é menos eficiente. Enfraquecê-lo em detrimento das demais esferas pode levar à baixa capacidade de governo, fortalecê-lo pode levar ao estatismo dirigista e formas autoritárias perversas. O mercado é virtuoso em eficiência, mas insensível em equidade. Enfraquecê-lo em detrimento das demais esferas pode levar à ineficiência e perda de competitividade, fortalecê-lo pode levar a formas perversas de 'mercado livre', concentração e 'capitalismo selvagem'. O terceiro setor é virtuoso porque é o domínio do valor, da causa, provendo meio de expressão de iniciativas comunitárias e cidadãs essenciais à afirmação da identidade cívica, mas sua natureza não é a regra de direito. Fortalecê-lo em detrimento das demais

esferas pode gerar formas anômicas de atuação paroquial ou formas perversas de comunitarismo excessivo, enfraquecê-lo pode levar a negligência de comunidades e identidades.

28. Quem deve estabelecer este equilíbrio é o legislador. Como ficou expresso no §1° do art. 199 da CF88, ele optou por um modelo em que se privilegia o Estado na prestação de serviços do SUS e, em caso de necessidade de complementação, deve ser dada preferência para as instituições do terceiro setor. Somente em caso de a demanda não ter sido completamente atendida é que se deve recorrer às instituições com fins lucrativos. Não se deve utilizar uma interpretação restritiva do texto constitucional, pois isto desvirtuaria a intenção do legislador.

29. Outro ponto que pode ser destacado é que a remuneração feita pelo SUS inclui procedimentos com diferentes graus de vantagem financeira. Desse modo, é compreensível que as entidades com fins lucrativos direcionem seu interesse para os serviços com maior margem de ganhos, dada sua natureza de busca pelo lucro. Assim, deslocar itens de melhor remuneração para essas entidades não deixa de ser uma forma de enfraquecer aquelas que não têm esse interesse, pois apesar de, a priori, não visarem o lucro, têm necessidades de aportes financeiros que sejam suficientes para sustentar sua prestação de serviços.

30. Também não se pode afirmar que favorecer entidades sem fins lucrativos vá contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois todos os estabelecimentos de saúde, tenham ou não fins lucrativos, devem seguir regras rígidas relacionadas à qualidade do tratamento, requerem habilitação técnica formal para atuar e estão sujeitas à fiscalização, pelo próprio Ministério da Saúde e pela Anvisa.

31. Portanto, mesmo que existam entidades com fins lucrativos que prestem serviços de melhor qualidade, devem ser considerados os diversos fatores que fizeram o legislador optar por dar preferência às entidades filantrópicas.

Ilegalidade na utilização de convênio ao invés de contrato administrativo

32. Segundo o auditor instrutor, a relação entre o Estado e as entidades filantrópicas na compra de serviços do SUS não deve ser formalizada por meio de convênio, mas sim por contrato administrativo. Argumenta-se que 'a natureza da entidade privada – ser filantrópica ou ser sem fins lucrativos – não é fator que legitima a celebração de um convênio', é preciso que haja um interesse comum entre as duas partes. Entende que a relação entre o Estado e essas entidades não se caracteriza por uma convergência de interesses, mas sim contraposição.

Logo, a aquisição de serviços de saúde a serem prestados por entidades privadas, em regime de participação complementar ao SUS, há que ser efetuada mediante o instrumento de contrato administrativo, vez que nessa relação ao Poder Público interessa o objeto da aquisição, isto é, os serviços de saúde, enquanto as entidades prestadoras têm interesse contraposto, ou seja, a contraprestação pecuniária.

33. A instrução cita a definição de convênio do Decreto 6.170/2007:

Convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de **interesse recíproco**, em regime de mútua cooperação. (grifo nosso).

34. Aponta, ainda, como mais um indicativo do da impropriedade na utilização do convênio o fato de o instrumento celebrado entre a SES/SP e a AHB não conter várias das cláusulas exigidas pelo Decreto 6.170/2007, como:

a) Contrapartida da convenente (art. 7º);

Obrigatoriedade da movimentação de recursos através de conta bancária específica (art. 10);

Possibilidade da denúncia unilateral do convênio, a qualquer tempo (art. 12).

Observância obrigatória dos princípios da impessoalidade, moralidade, economicidade e da cotação prévia de preços antes de aquisições de bens e serviços (art. 11);

Dever de prestar contas.

35. Assim, conclui, pela falta destas cláusulas 'sobreleva-se, claramente, a natureza contratual das relações jurídicas por eles estabelecidos'.

Análise

36. De fato o convênio não é o instrumento adequado para regular a relação entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços de saúde no SUS.

37. A natureza jurídica da entidade privada, por si só, não justifica a realização de convênio, é essencial que exista a convergência de interesses entre as duas partes que celebram a parceria. São vários os julgados desta Corte no sentido de desconsiderar a figura jurídica do convênio em compra de bens e serviços:

a) Acórdão 6.583/2010-TCU-1ª Câmara – objeto do convênio: serviços de manutenção e recuperação nos imóveis do concedente e manutenção de veículos; aquisição de mobiliário para equipar diversas unidades do concedente; instalação de divisórias e suas respectivas portas; prestação de serviços de reforma;

Acórdão 2.510/2009-TCU-Plenário – objeto do convênio: estruturação e implantação do Modelo de Gestão em prefeituras da Região Integrada de Desenvolvimento do DF;

Acórdão 1.542/2008-TCU-Plenário – segundo o voto do Ministro-Relator: 'entende-se que os convênios firmados entre ambos sempre se revestiram da natureza de contratos, com objetos passíveis de licitação. Isso porque em tais convênios o interesse básico do CIC era o recebimento de pagamento, em contrapartida a serviços prestados ao Inmetro'.

Acórdão 875/2007-TCU-2ª Câmara – segundo o voto do Ministro-Relator:

Conforme se observa do objeto do convênio, o que se pretendia era uma prestação de serviços por parte da conveniada em contrapartida a um pagamento. Assim, a avença intencionada revestia-se de natureza contratual, ante os interesses opostos das partes, não cabendo ao caso o instrumento convênio, visto não estar caracterizada a existência de interesses recíprocos na consecução do objeto.

Acórdão 936/2007-TCU-Plenário – segundo o voto do Ministro-Relator:

O instituto do convênio pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e convenente, ou seja, o ajuste deve ser firmado para a consecução de interesses comuns entre os partícipes sem que haja a previsão de lucro por uma das partes, tampouco a prestação de um serviço mediante pagamento pela outra parte. De outra forma, provavelmente, estar-se-á diante de contrato, cujo rito para sua celebração deve observar o disposto na Lei nº 8.666/93.

No caso concreto, percebe-se a contratação de uma entidade para prestação de um serviço mediante pagamento como contraprestação, ou seja, a natureza do ajuste firmado afeiçoa-se a contrato e não a convênio.

38. Observa-se que a prestação de um serviço ou compra de um bem em troca de contraprestação pecuniária descaracteriza a presença de interesses recíprocos, condição essencial para a constituição dos convênios.

39. A Lei 8.080/1990 não é clara quanto à utilização do convênio, estabelecendo-o como um instrumento a ser celebrado na complementação dos serviços de saúde pela rede privada:

Art. 24. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

40. Já a Portaria – GM/MS 1.034/2010 traz a diferenciação entre contrato e convênio de forma mais precisa:

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:

I – convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II – contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas **com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde** (grifo nosso).

41. Pode-se observar que o contrato será usado também com as entidades sem fins lucrativos na compra de serviços de saúde. Portanto, o convênio não é o instrumento adequado para regular a relação entre Estado e entidades sem fins lucrativos na compra de serviços de saúde como complementação no SUS.

Necessidade de Licitação

42. A partir do entendimento de que a preferência dada pela CF88 às entidades sem fins lucrativos se restringe a um critério de desempate em processos licitatórios e de que o convênio não é o instrumento adequado para regular a relação entre o Estado e tais entidades, prossegue o auditor instrutor na defesa de que a prestação de serviços de saúde deve ser contratada mediante processo licitatório:

De se concluir, então, que a prestação de serviços privados de saúde, ainda que dentre os potenciais prestadores haja entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, deve ser, salvo disposição legal em contrário, objeto de contratação mediante prévia licitação, cujo escopo haverá de ser o de selecionar os serviços de melhor qualidade, vez que os critérios e os valores para a remuneração de serviços, nos termos do art. 26 da Lei 8.080/90, são estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

43. Uma vez que os preços dos serviços de saúde são fixos, estabelecidos pelo Ministério da Saúde, sugere que a licitação seja realizada no tipo de 'melhor técnica', buscando selecionar a entidade que ofereça o serviço de melhor qualidade.

Análise:

44. Discorda-se do auditor instrutor quanto à restrição da preferência pelas entidades sem fins lucrativos conferida pela CF88, porém concorda-se que o convênio não é o instrumento a ser utilizado na relação de parceria entre o poder público e tais entidades.

45. Uma vez que o convênio não deve ser utilizado, mas sim o contrato, deve ser realizado procedimento licitatório. Para a instrução inicial, tal certame deveria prever a participação de entidades com e sem fins lucrativos. Porém, uma vez que estas têm preferência, o correto seria a realização de uma licitação restrita a esse grupo de entidades. Após contratadas as sem fins lucrativos, havendo ainda a necessidade de complementação, seria realizada licitação para contratação das instituições com fins lucrativos.

46. No entanto, apesar de a regra ser a realização de licitação, é preciso considerar a natureza dos serviços de saúde, que podem ser enquadrados na teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos. Tal teoria entende que a licitação torna-se inexigível, amparada no art. 25 da Lei 8.666/1993, porque não haveria possibilidade de competição entre os licitantes, pois todos aqueles que se dispusessem a fornecer para a Administração e se enquadrassem nos critérios definidos por esta seriam contratados. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Se a Administração convoca todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento (FERNANDES, J. U. Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

47. O autor enumera quatro condições para a realização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

a) Todos os que satisfaçam as condições exigidas: se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois a característica fundamental

do tipo credenciamento é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

Impessoalidade na definição da demanda, por contratado: a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;

Que o objeto satisfaça na forma definida no edital: são serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dados os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação.

Que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme: a fixação dos valores previamente pela administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado.

48. Os serviços de saúde prestados ao SUS possuem as características citadas. Primeiro, uma vez credenciados, todas as instituições seriam contratadas. Segundo, a demanda não é definida pela Administração, mas sim pelos usuários do SUS a depender da sua necessidade. Em alguns casos, como na marcação de consultas em algumas especialidades, é o próprio usuário do SUS que escolhe o estabelecimento e marca a consulta diretamente. Eu outros casos, é a regulação do SUS que direciona o usuário para determinada instituição. Mesmo no contexto da regulação, em que o gestor de saúde direciona os usuários para a realização de determinados procedimentos, para estabelecimentos de saúde específicos, tal direcionamento ocorreria após o credenciamento, privilegiando a localização geográfica de residência do paciente ou outras características pessoais, como continuidade de tratamento iniciado com uma equipe de profissionais, ou ainda, havendo mais de um estabelecimento na mesma região, a escolha do usuário. O importante é que seja utilizada uma sistemática impessoal de seleção dos prestadores, como foi determinado ao Banco do Brasil, na Decisão 69/1993-TCU-Plenário:

determinar ao Banco do Brasil que, dada a impossibilidade jurídica de competição para contratação de serviços de advocacia nas condições peculiares descritas nestes autos, faça realizar pré-qualificação dos profissionais aptos a prestar serviços ao Banco nas referidas condições, desenvolvendo, ainda, sistemática objetiva e imparcial de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar a transparência da administração e a assegurar o respeito ao princípio da igualdade;

49. Na Decisão 610/1999-TCU-Plenário, o fato de a demanda das passagens áreas ser determinada pelos parlamentares fez com que fosse aceita a não realização de licitação em virtude de inexigibilidade. O Ministro Relator Humberto Souto fez a seguinte descrição do procedimento pela Câmara dos Deputados:

Com isso, o primeiro aspecto a ser observado é que a Câmara não adquire as passagens ou indica táxi aéreos para utilização dos Deputados.

Está suficientemente demonstrado que, quem efetivamente compra as passagens é o próprio Parlamentar, beneficiado com a concessão do crédito.

Ora, aquela Casa Legislativa abrange um total de 513 Deputados que deslocam-se para as mais diversificadas regiões do país. Portanto, é absolutamente compreensível que uma única empresa não possa atender essa demanda.

Como se sabe, somente algumas companhias aéreas atuam a nível nacional, pois uma parte desempenha atividades em regiões específicas.

No caso das agências de viagens, vejo que a competitividade seria bastante restrita, já que, como esclareceu o Senhor Diretor-Geral, a maioria não teria estrutura financeira para arcar com o volume das passagens que são requisitadas mensalmente pela Câmara dos Deputados, especialmente quando houver o atraso de repasse por parte do Tesouro.

De outra parte, o que se observa é que, na verdade, todas as empresas que atuam na área são abrangidas na negociação. Saliente-se, inclusive, que no período da presente auditoria 17 (dezessete) dessas empresas forneceram passagens ou alugaram táxi aéreo aos Senhores Deputados.

Todas essas peculiaridades levam-me a endossar o entendimento do Ministério Público de ser inviável a competição neste caso, tanto pelo fato do interesse público não poder ser atendido por intermédio de apenas um interessado, como em decorrência da 'contratação' de todos.

Com efeito, nos dizeres de Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública – Renovar – Pág. 168), 'a competitividade é da essência da licitação (...), seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; a licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível, é impossível porque não há como promover-se a competição.'

Outros fatores sobressaem da particular situação examinada, até mesmo no que diz respeito aos objetivos almejados pela licitação pública.

Primeiro, sendo o valor do crédito concedido ao Parlamentar fixo e os gastos previstos no orçamento da Casa invariáveis em decorrência do fato, não há que se falar em eventual seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Segundo, como o roteiro da viagem e a empresa são de livre escolha dos Senhores Deputados, a isonomia tratada também no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos estaria garantida, já que todas as companhias e agências capazes de satisfazer à pretensão da autoridade se enquadrar-se-iam como prováveis fornecedores.

50. Terceiro, os serviços de saúde devem seguir protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas definidos pelo Ministério da Saúde, além de seguirem uma legislação rígida quanto aos procedimentos a serem executados. A Lei 8.080/1990 traz a seguinte definição em seu art. 19-N:

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

51. Trata-se de um documento que contém o tratamento a ser dispensado para cada doença ou agravo à saúde, estabelecendo os procedimentos a serem adotados. Portanto, uma vez que os prestadores de saúde devem executar os serviços seguindo procedimentos determinados pelo MS, as diferenças específicas do estabelecimento selecionado não possuem influência significativa no tratamento.

52. Por fim, o preço dos serviços de saúde é definido previamente pelo MS, não existindo diferenças entre os contratados.

53. O credenciamento já é amplamente utilizado no SUS, principalmente nos casos em que a demanda pelos serviços de saúde é maior do que a capacidade da rede pública e privada. Nesse caso, é realizado chamamento público e contratam-se todos que estejam dispostos a prestar serviços ao SUS. O Ministério da Saúde descreve o credenciamento na Alta Complexidade da seguinte forma:

No credenciamento das áreas mencionadas, o gestor municipal do SUS, ciente da real necessidade do serviço de alta complexidade em seu território, deverá consultar as normas vigentes e definir a possibilidade de credenciamento, levando em conta a população a ser atendida, a demanda reprimida, os mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência e a capacidade técnica e operacional dos serviços a serem implantados. Aprovada a necessidade do credenciamento, a secretaria municipal de Saúde, em gestão plena, deverá montar um processo de solicitação, documentado com manifestação expressa, firmada pelo secretário da Saúde, em relação ao credenciamento e parecer do gestor estadual do SUS, que será responsável pela integração dos serviços à rede estadual e à definição dos fluxos de referência e contra-referência dos pacientes. Nos casos dos municípios não-habilitados em gestão plena, o credenciamento se dá por iniciativa da Secretaria de Estado da Saúde (SES). Uma vez emitido o parecer a respeito do cadastramento pelo(s) gestor(es) do SUS, e sendo o mesmo favorável, os processos relativos à alta complexidade deverão ser remetidos pela Secretaria de Estado da Saúde (SES) para análise ao Ministério da Saúde (MS), endereçado à Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Especializada,

Coordenação-Geral de Alta Complexidade. Portanto, antes de serem enviados ao MS, os processos de cadastramento deverão ser aprovados em âmbito regional.

54. Esse credenciamento seria expandido para aqueles serviços em que a oferta é maior que a demanda. Assim, pode-se concluir que não cabe licitação para contratação de serviços de saúde junto à rede privada para complementação no SUS. O credenciamento de todas as instituições que satisfaçam os critérios estabelecidos permitiria ao menos uma moralização do sistema, uma vez que o gestor não teria a discricionariedade para escolher os estabelecimentos que seriam contratados.

55. Assim, tendo em vista a especificidade do tema e a complexidade presente na regulação da assistência à saúde, propõe-se **determinar ao Ministério da Saúde que encaminhe ao TCU, em 120 dias, metodologia de credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados com e sem fins lucrativos em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde seja maior que a demanda, considerando o aparato legal vigente, que prevê, entre outras exigências, a preferência constitucional garantida às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos.**

Suposta impropriedade no Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no Sistema Único de Saúde

56. A instrução inicial aponta como uma questão limitadora da atuação desta Corte de Contas o fato de não ter sido praticada 'irregularidade em concreto', uma vez que o gestor federal apenas teria aplicado uma interpretação equivocada da legislação em seu manual orientativo, que sequer teria efeito vinculante sobre os gestores estaduais e municipais. Mesmo assim, a Secretaria entende como necessário dar ciência à Secretaria de Atenção à Saúde (SAS), pois tal documento teria 'um efeito legitimador dos atos praticados em sua conformidade'.

57. Todavia, existe outro instrumento normativo que apresenta os procedimentos contestados que possui sim efeito vinculante sobre os demais gestores. Trata-se da Portaria – GM/MS 1.034/2010:

Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.

Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas com ou sem fins lucrativos serão utilizados os seguintes instrumentos:

I – convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II – contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde.

Art. 4º O Estado ou o Município deverá, ao recorrer às instituições privadas, dar preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos, observado o disposto na legislação vigente.

Art. 5º As entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos deixarão de ter preferência na contratação com o SUS, e concorrerão em igualdade de condições com as entidades privadas lucrativas, no respectivo processo de licitação, caso não cumpram os requisitos fixados na legislação vigente.

Parágrafo único. As entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e outros requisitos ou exigências fixadas pelos gestores do SUS.

Art. 6º Após ter sido dada a devida preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, e ainda persistindo a necessidade de complementação da rede pública de saúde, será permitido ao ente público recorrer à iniciativa privada, observado o disposto na Lei nº 8.666, de 1993.

58. A partir das análises que foram empreendidas nos itens anteriores da presente instrução, não se observa nesta portaria nenhum dispositivo que contrarie a legislação. Ela traz a preferência que deve ser dada às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos e prevê que a compra de serviços de saúde seja formalizada mediante contrato.

Conclusão

59. Nesta instrução, discorda-se do entendimento da Secex/SP que originou a proposta de encaminhamento contida no item **d** (peça 37, p. 13). Primeiro, a preferência dada pelo §1º do art. 199 da CF88 às instituições filantrópicas e sem fins lucrativos na complementação dos serviços de saúde no SUS não deve receber uma interpretação restritiva, pois o legislador constituinte deixou claro sua opção por um modelo de saúde público e com a desmercantilização dos serviços de saúde.

60. Segundo, entende-se que o convênio não é o instrumento adequado para regular a relação do Estado com as entidades do terceiro setor na prestação de serviços de saúde no SUS. Porém, verifica-se que a contratação de tais serviços se enquadra na inexigibilidade de licitação devido à impossibilidade de competição decorrente da contratação de todos.

61. Assim, a proposta de encaminhamento deve ser alterada, no sentido de determinar ao Ministério da Saúde que encaminhe ao TCU, em 120 dias, metodologia de credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados com e sem fins lucrativos em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios."

16. A 4ª Secex propôs, então:

"[...] determinar ao Ministério da Saúde, com base no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União e com fundamento no art. 25 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 120 dias, encaminhe a este Tribunal metodologia de credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados com e sem fins lucrativos em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios, mesmo nos casos em que a oferta de serviços de saúde seja maior que a demanda, devido à inexigibilidade de competição devido à impossibilidade de competição decorrente da contratação de todos, considerando o aparato legal vigente, que prevê, entre outras exigências, a preferência constitucional garantida às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos."

17. Presentes os autos em meu gabinete, considerando que a questão discutida extrapola os limites deste processo, tendo em vista o possível reflexo das determinações propostas no âmbito de todo o SUS, determinei a realização de oitiva da unidade jurisdicionada para que ela se manifestasse sobre as propostas sugeridas pela Secex/SP e pela 4ª Secex (fls. 165/166, peça 4).

18. Em resposta à oitiva realizada, o Ministério apenas informou que havia retirado o 'Manual de Orientações para a Contratação de Serviços de Saúde' do seu portal na internet, que a revisão do manual estava prestes a ser concluída e que *"atenção especial será dada aos aspectos abordados pelo Tribunal de Contas da União no processo 019.179/2010-3"* (fl. 169, peça 4).

19. Diante da ausência de elementos adicionais, a 4ª Secex manteve a proposta transcrita no item 16 acima. A Secex/SP também manteve o entendimento reproduzido ao longo desse voto, com a seguinte proposta de encaminhamento (fl. 12, peça 20):

"a) seja a presente representação julgada, parcialmente, procedente;

b) rejeitar o pedido de suspensão do Convênio 0119/07, firmado entre o Governo do Estado de São Paulo e a Associação Hospitalar de Bauru e decorrente da Convocação Pública nº 005/2007;

c) determinar à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde que, no prazo de 3 (três) meses a contar da notificação, em vista das graves irregularidades noticiadas nos presentes autos, adote as providências necessárias no sentido de averiguar a qualidade dos serviços prestados ao SUS pela Associação Hospitalar de Bauru, CNPJ nº 43.374.680/0001-30, sediada na cidade de Bauru-SP, aplicando ou encaminhando à autoridade competente para que sejam aplicadas, se for o caso, as medidas corretivas cabíveis e de tudo informando a esta Corte dentro do prazo fixado;

d) determinar ao Ministério da Saúde, na pessoa de seu titular, que, no uso da competência legal estabelecida pelo art. 16, inciso XIV, da Lei nº 8.080/1990, expeça normativo dirigido aos

gestores do SUS para que efetuem a aquisição de serviços privados de saúde, em regime de participação complementar, mediante a celebração de contrato administrativo e que, existindo condições de competitividade, devem realizar o prévio processo licitatório, cujo objetivo é o de selecionar os serviços de melhor qualidade, sejam eles prestados por entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, sejam eles prestados por entidades com fins lucrativos, indiferentemente, reconhecendo-se a preferência àquelas primeiras como critério de desempate;

e) caso a Corte decida pelo acolhimento da proposta de item d acima, determinar à Segecex que oriente as unidades a ela vinculadas que, ao fiscalizarem a contratação de serviços privados pelo SUS, observem o seu teor;

f) dar ciência do acórdão que vier a ser prolatado ao representante."

É o Relatório.

VOTO

Em exame representação formulada pelo Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. contra eventuais irregularidades na seleção de entidade privada para prestar serviços de patologia clínica no Estado de São Paulo, por meio do Edital de Convocação Pública nº 5/2007, lançado pela Secretaria de Estado da Saúde daquela unidade federativa.

2. Alega o representante que a entidade selecionada, Associação Hospitalar de Bauru (AHB), não teria atendido a diversos requisitos estabelecidos no referido edital, mas mesmo assim teria sido selecionada, redundando na celebração do Convênio 119/2007.

3. Uma vez caracterizada a utilização de recursos do Fundo Nacional de Saúde para custear as despesas relativas ao citado convênio, ficou evidenciada a competência do Tribunal para apreciar o presente processo, razão pela qual a representação deve ser conhecida.

4. Quanto ao mérito, conforme apontado pela Secex/SP, efetivamente ficaram caracterizadas algumas irregularidades na habilitação da AHB, que não comprovou sua regularidade para com a Previdência Social, além de ter indicado um patologista clínico que não pertencia aos quadros da entidade. Apesar disso, concordo com a unidade regional no sentido de que a conduta dos responsáveis pela convocação pública não é reprovável o suficiente para levar à sua apenação, não tendo evidenciada má-fé ou qualquer intenção desses responsáveis de beneficiar aquela entidade.

5. Também tem razão a Secex/SP de que, tantos anos após a assinatura do convênio, não faria sentido o Tribunal adotar qualquer providência no sentido de suspender ou anular o ajuste, também pela natureza dos serviços prestados, que não devem sofrer solução de continuidade. Aliás, deve-se observar que o Laboratório Bauru ingressou com esta representação em julho/2010, mais de dois anos e meio após celebrado o citado convênio. Registre-se, também, que o representante ingressou com ação judicial em março de 2008, requerendo, dentre outras medidas, a anulação do certame. Tal ação foi julgada improcedente em 1ª instância.

6. Dessa forma, esta representação deve ser considerada parcialmente procedente.

7. Duas outras questões surgiram ao longo do processo, não relacionadas diretamente ao mérito da representação, mas que pela sua relevância não devem deixar de ser tratadas. A primeira diz respeito a eventuais irregularidades na prestação dos serviços por parte da AHB e a segunda à forma de contratação da prestação de serviços privados de saúde para participação complementar no SUS.

8. Quanto ao primeiro aspecto, ele veio à tona a partir de notícias trazidas aos autos dando conta de diversos problemas relacionados à AHB, como desvio de verbas e má-qualidade dos serviços prestados (fls. 87/147, peça 1). Em relação a esse ponto, entendo pertinente a proposta da Secex/SP de determinar à unidade responsável do Ministério da Saúde que averigue a qualidade dos serviços prestados pela AHB no âmbito do SUS, adotando as providências pertinentes a partir dos resultados dessa apuração.

9. Em relação ao segundo aspecto, foi o que mereceu maiores discussões no processo, tendo gerado inclusive pareceres divergentes entre a Secex/SP e a 4ª Secex. Um dos motivos dessa divergência reside na interpretação que se empresta ao termo 'preferência' utilizado pela Constituição Federal, em seu art. 199, §1º, que assim dispõe:

> "§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos."

10. Entende a Secex/SP que se deve conferir a esse termo interpretação restrita. Essa preferência não poderia significar uma vantagem irrestrita das entidades sem fins lucrativos em relação às com fins lucrativos, sob pena de não se assegurar ao usuário da saúde pública o melhor serviço possível. A unidade regional, então, considera que essa preferência deve materializar-se por meio da concessão de um direito de preferência em caso de empate em licitações públicas.

11. Com as devidas vênias, entendo que a interpretação feita no âmbito da Secex/SP não é consentânea com o texto constitucional. Do dispositivo acima transcrito extrai-se que a preferência

mencionada na Constituição é para a participação de forma complementar no SUS, em nada fazendo referência a critérios de desempate em licitações. Fica claro que a Constituição, em relação à prestação de serviços no âmbito do SUS, estabeleceu uma priorização para sua execução. Prioritariamente esses serviços devem ser prestados diretamente pelo Poder Público. Se este não tem capacidade de fazê-lo integralmente, recorre-se a entidades sem fins lucrativos e filantrópicas e, em último lugar, às empresas comerciais.

12. Também considero pertinentes os registros feitos pela extinta 4ª Secex quanto ao contexto em que a Carta Magna foi aprovada, no que toca à saúde. A concepção desenhada pela Constituição Federal foi de uma política com orientação estatal, impregnada com um caráter de desmercantilização da saúde. Daí a preferência a ser dada, no âmbito do SUS, para a participação de entidades sem fins lucrativos, em relação às empresas privadas com fins lucrativos.

13. Essa concepção delineada no texto constitucional foi mais explicitada e detalhada pela Lei 8.080/90, no Título III (Dos Serviços Privados de Assistência à Saúde), Capítulo II (Da Participação Complementar):

> "Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.
>
> Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.
>
> Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS)."

14. Semelhante previsão, em harmonia com o texto constitucional, fez a Lei 12.101/2009, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, em seu art. 7º:

> "Quando a disponibilidade de cobertura assistencial da população pela rede pública de determinada área for insuficiente, os gestores do SUS deverão observar, para a contratação de serviços privados, a preferência de participação das entidades beneficentes de saúde e das sem fins lucrativos."

15. Ainda que motivada por um nobre propósito, de tentar propiciar maiores alternativas ao usuário do sistema público de saúde, a interpretação feita pela Secex/SP, de limitar a preferência às entidades sem fins lucrativos aos casos de empate nas licitações, não encontra espaço no ordenamento jurídico vigente e constituiria uma verdadeira inovação legislativa, papel que não pertence a esta Corte de Contas.

16. É relevante registrar que essa preferência não significa que as entidades sem fins lucrativos recebam uma "carta branca" para prestar os serviços e utilizar os recursos públicos da forma como bem desejarem. Conforme assinalado pela 4ª Secex, todos os estabelecimentos que prestam serviços de saúde, independentemente de terem fins lucrativos ou não, estão submetidos às mesmas regras relacionadas à qualidade dos serviços prestados e à fiscalização do Ministério da Saúde e da Anvisa. Em relação ao controle a respeito da aplicação dos recursos, ele é exercido da mesma forma, independentemente da natureza das instituições que recebem os recursos. Quando constatadas irregularidades na aplicação dos recursos repassados pelo SUS a entidades sem fins lucrativos este Tribunal tem condenado tais entidades e/ou seus gestores, a exemplo dos Acórdãos 3.531/2006-2ª Câmara, 2.157/2012-2ª Câmara e 510/2013-1ª Câmara, que envolveram, respectivamente, as Santas Casas de Misericórdia de Araraquara(SP), Maceió (AL) e Pedregulho (SP).

17. Outro aspecto tratado no processo diz respeito ao instrumento jurídico mais apropriado para regular a prestação desse tipo de serviço. Nesse ponto, ambas as unidades técnicas concordam que o instrumento mais adequado para situações como a do caso em tela é o contrato administrativo e não o convênio, como fez a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. De fato, pela própria definição de cada

um desses instrumentos, não se revela apropriada a utilização de convênio quando uma das partes objetiva a prestação de um serviço e a outra a contraprestação pecuniária, não se caracterizando a existência de interesse recíproco, uma das condições fundamentais que legitima a celebração de convênios. Aliás, a Portaria 1.034/2010, do Ministro de Estado da Saúde, que dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no âmbito do SUS, deixa clara essa distinção:

> "Art. 3º A participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no SUS será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público e o disposto nesta Portaria.
>
> Parágrafo único. Para a complementaridade de serviços de saúde com instituições privadas serão utilizados os seguintes instrumentos:
>
> I – convênio, firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;
>
> II – contrato administrativo, firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde; e
>
> ..."

18. Verifica-se que, mesmo em se tratando de entidades sem fins lucrativos, a norma deixa claro que deve ser usado o contrato administrativo quando se tratar da compra de serviços de saúde, como é o caso da situação objeto deste processo.

19. Também se discutiu acerca da eventual necessidade de realização de licitação para a contratação dos serviços privados de saúde. Constitui mandamento constitucional que, via de regra, as contratações de bens e serviços por parte da administração pública devem ser precedidas de licitação. No entanto, conforme assinalado pela 4ª Secex, há que se levar em conta as peculiaridades dos serviços de saúde no âmbito do SUS, que têm preço pré-fixado, normalmente possuem um nível de demanda superior ao que pode ser oferecido diretamente pelo Poder Público e envolvem uma gama enorme de diferentes procedimentos. Tendo em vista tais características e outras, a figura do credenciamento parece se ajustar bem a essa realidade. A administração tem o interesse de contratar todos que se enquadrem nas condições definidas pelo Poder Público, caracterizando uma situação de inexigibilidade de licitação. Essa forma de seleção favorece o usuário, na medida em que aumenta suas opções para a realização de consultas, tratamentos, exames, ao mesmo tempo em que resguarda o princípio da impessoalidade. Apesar de não ser um procedimento previsto expressamente na legislação, ele é reconhecido como válido pela doutrina e pela própria jurisprudência deste Tribunal, para a contratação de serviços que possuam determinadas características.

20. A 4ª Secex aponta as características enumeradas pela doutrina para possibilitar a seleção de prestadores de serviço utilizando o instituto do credenciamento e demonstra que os serviços públicos de saúde se enquadram nestas características, como por exemplo: preço de mercado razoavelmente uniforme, impessoalidade na definição da demanda, níveis técnicos da atividade bastante regulamentados ou de fácil verificação.

21. O credenciamento é um procedimento amplamente utilizado no âmbito do SUS. Em diversas oportunidades, o Tribunal se deparou com a realização de credenciamento por parte de estados e municípios, não tendo apontado ressalvas quanto à possibilidade de utilização desse tipo de procedimento (Acórdãos 295/2011-Plenário, 1.078/2011-Plenário, 528/2011-2ª Câmara, dentre diversos outros).

22. O próprio Ministério da Saúde, na publicação "SUS de A a Z – Garantindo Saúde nos Municípios", aborda a questão do credenciamento (**http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/sus_3edicao_completo.pdf**):

> "No credenciamento das áreas mencionadas, o gestor municipal do SUS, ciente da real necessidade do serviço de alta complexidade em seu território, deverá consultar as normas vigentes e definir a possibilidade de credenciamento, levando em conta a população a ser atendida,a

demanda reprimida, os mecanismos de acesso com os fluxos de referência e contra-referência e a capacidade técnica e operacional dos serviços a serem implantados...".

23. Há que se ressaltar, entretanto, a ausência de regulamentação específica a respeito do procedimento de credenciamento por parte do Ministério da Saúde. A Portaria 1.034/2010-GM/MS, apesar de disciplinar diversos aspectos referentes à participação complementar das instituições privadas de assistência à saúde no âmbito do SUS, silencia a respeito da forma de seleção dessas entidades.

24. O 'Manual de Orientações para Contratação de Serviços no Sistema Único de Saúde', documento produzido com o objetivo de orientar os gestores da área de saúde, não está atualmente disponível no sítio do Ministério da Saúde na Internet. Apesar de o ministério ter noticiado, em 31/7/2012, que o referido manual teria sua revisão concluída até o final do ano passado (fls. 169/170, peça 4), até este momento a nova versão do documento ainda não havia sido disponibilizada.

25. Considero que esse aspecto – seleção de entidades privadas para prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS em regime complementar – é bastante relevante, especialmente em um contexto em que o Poder Público não tem sido capaz de prestar integralmente os serviços diretamente à população. Em função disso, tal como propõe a extinta 4ª Secex, entendo importante que o Ministério da Saúde discipline a questão do credenciamento, no exercício de sua competência prevista no art. 16, inciso XIV, da Lei 8.080/90, de *"elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde"*. Essa regulamentação deve contemplar, inclusive, os mecanismos a serem utilizados para dar efetividade ao art. 199, §1°, da Constituição Federal.

26. Ante todo o exposto, portanto, a representação deve ser conhecida e considerada parcialmente procedente, fazendo-se as determinações mencionadas nos itens 8 e 26 deste voto.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2013.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 1215/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 019.179/2010-3.
2. Grupo II – Classe VII – Representação
3. Interessado: Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. (CNPJ 46.154.894/0001-75)
4. Unidade: Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP)
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo – SP (Secex/SP) e 4ª Secretaria de Controle Externo (Secex/4, extinta).
8. Advogados constituídos nos autos: Marcela Carneiro da Cunha (OAB/SP 113.990) e Cláudia Regina Almeida (OAB/SP 90.433).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pelo Laboratório Bauru de Patologia Clínica S/C Ltda. contra supostas irregularidades na Convocação Pública nº 5/2007, promovida pela Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo (SES/SP), para seleção de entidades privadas para a prestação de serviços de saúde, de forma complementar, no âmbito do Sistema Único de Saúde naquele estado.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da Representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2 determinar à Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde que:

9.2.1 no prazo de 3 (três) meses a contar da ciência deste acórdão, em vista das graves irregularidades noticiadas nos presentes autos, adote as providências necessárias no sentido de averiguar a qualidade dos serviços prestados ao SUS pela Associação Hospitalar de Bauru, aplicando, ou encaminhando à autoridade competente para que sejam aplicadas, se for o caso, as medidas corretivas cabíveis;

9.2.2 transcorrido o prazo acima, informe a esta Corte as medidas adotadas para dar cumprimento à determinação contida no subitem 9.2.1;

9.3 determinar ao Ministério da Saúde que encaminhe ao TCU, em até 120 (cento e vinte) dias, regulamentação disciplinando o credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde seja menor do que a demanda, considerando o ordenamento jurídico vigente.

9.4 determinar à SecexSaúde que monitore o cumprimento da determinação feita no item 9.3 acima;

9.5 dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao representante e à Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo.

10. Ata nº 17/2013 – Plenário.
11. Data da Sessão: 22/5/2013 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1215-17/13-P.

13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (na Presidência), Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.
13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

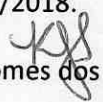
(Assinado Eletronicamente)
VALMIR CAMPELO
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício

20

3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA
DA SAÚDE DA CAPITAL - PROTOCOLO

Ref.: 2018.01008476

CERTIDÃO

Certifico que em consulta à planilha de procedimentos desta 3ª PJTCSCAP, **não localizei nenhum procedimento** relacionado com o tema em questão, contudo listo o seguinte procedimento, para análise de eventual conexão:

PA nº 2017.01184147 – Linha: unidades – Tema: Auditoria da Rede de Saúde Pública (PA n. 31/2017). Ementa: Apuração da efetividade e eficiência do controle interno (incluindo auditoria, controladoria, ouvidoria e equipes de avaliação) para criar condições adequadas de contínua verificação e promoção de ganhos de economicidade e eficiência do funcionamento e dos instrumentos contratuais e de convênio quanto às unidades de saúde da rede pública.

RJ, 03/10/2018.

Kyssia Gomes dos Santos | Téc. Administrativo | Matrícula nº 2737